

## Первый спор о торговле услугами: США против Мексики (меры, касающиеся телекоммуникационных услуг)

Ольга Батура\*

Статья даёт критическую оценку докладу Третейской группы ВТО по делу *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services*, которое является первым делом, касающимся исключительно обязательств по ГАТС. Статья указывает на основные упущения доклада, связанные с выбранной методологией, аргументацией и применением норм права, которые в конечном итоге привели к ошибочному толкованию основных терминов и спорным выводам. Статья также обсуждает последствия решения Третейской группы для национального и международного регулирования торговли телекоммуникационными услугами.

→ *Всемирная торговая организация, Генеральное соглашение о торговле услугами, Справочный документ по основным регулятивным принципам, Международный союз электросвязи, трансграничная поставка телекоммуникационных услуг*

### 1. Введение

По ряду причин спор между США и Мексикой о национальном законодательстве в области телекоммуникационных услуг (*Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services*, далее — дело «ТелМекс»)<sup>1</sup> имеет огромное научное и практическое значение. Во-первых, это первое дело, касающееся исключительно обязательств государств-членов по Генеральному соглашению о торговле услугами (далее — ГАТС)<sup>2</sup>. Это также и первое (и пока единственное) дело, касающееся успешно либерализованного сектора телекоммуникационных услуг. В отношении базовых

услуг телекоммуникаций более половины государств-членов ВТО, включая Российскую Федерацию, взяли на себя дополнительные обязательства, имеющие регулирующий характер и содержащиеся в Справочном документе по основным принципам регулирования (Reference Paper on Basic Regulatory Principles, далее — Справочный документ). Обязательства Мексики, вытекающие из данного документа и из Приложения по телекоммуникациям (Annex on Telecommunications, далее — Приложение), как раз и явились предметом спора сторон. Кроме того, дело поднимает проблему коллизии международно-правовых обязательств; проблему соотно-

\* Батура Ольга Валентиновна — LL.M. Eur. (Университет Бремена), M.E.S (Университет Гамбурга), научный сотрудник Объединённого исследовательского центра 597 «Изменения государственности» Университета Бремена, Германия (e-mail: batura@zerg.uni-bremen.de).

<sup>1</sup> Доклад Третейской группы. *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services*. WT/DS204/R. 02.04.2004). URL: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/204r\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/204r_e.pdf) (дата обращения: 15.07.2014) (далее — дело «ТелМекс»).

<sup>2</sup> Тексты данного соглашения и других соглашений и документов ВТО, упомянутых в данной статье, опубликованы, например: Documents in International Economic Law: Trade, Investment, and Finance / Ed. by C. Tams, C. Tietje. Oxford University Press, 2012.

шения обязательств, вытекающих из ГАТС, с теми обязательствами, которые были приняты государствами в специальных отраслевых международных организациях, в данном случае в Международном союзе электросвязи (International Telecommunication Union, далее — МСЭ). В контексте коллизий правовых режимов нельзя не упомянуть проблему ограничительного влияния ВТО / ГАТС на меры национального регулирования, выражающиеся в использовании государством властных полномочий для управления внутренними делами (например, предоставление общественных услуг)<sup>3</sup>, что может рассматриваться как ущемление государственного суверенитета. Помимо всего вышесказанного, некоторые комментаторы характеризуют спор между США и Мексикой как проблему конкурентного права<sup>4</sup>, что делает его первым делом такого рода, решённым с применением права ВТО/ГАТС.

## 2. Предпосылки возникновения конфликта

Несмотря на то, что Мексика либерализовала рынок телекоммуникационных услуг, разрешив множеству компаний предоставлять услуги международной связи с использованием их собственных сетей, только один оператор уполномочивался проводить переговоры об условиях и положениях окончания международных звонков в отношении каждого иностранного государства. Установленные в рамках таких переговоров расчётные ставки для определения цены международных звонков в отношении конкретного иностранного государства были обязательны для всех операторов, иницирующих вызов или оканчивающих звонок из этого государства. В соответствии с Правилами о международной дальней связи, установленными Федеральной комиссией по телекоммуникациям Мексики COFETEL, таким оператором стано-

вился тот, кто обладал наибольшей долей рынка исходящих международных звонков в отношении данного иностранного государства<sup>5</sup>. Относительно международных звонков в США таким оператором был *Teléfonos de México (TelMex)* — одна из крупнейших компаний на мировом рынке телекоммуникаций, которая является бывшим монополистом на мексиканском рынке и всё ещё занимает доминирующее положение на нём (обеспечивая на момент спора 89 % от всех международных звонков)<sup>6</sup>.

Расчётные ставки цены международного звонка, которые являются одним из важнейших предметов спора в деле «*ТелМекс*», представляют собой финансовую дисциплину для установления международной связи. Система расчётных ставок была разработана МСЭ для услуг голосовой телефонии посредством традиционных телефонных сетей общего пользования. Данная система исходит из того, что услуга международного звонка предоставляется двумя операторами совместно. Оператор, иницирующий вызов, предоставляет услугу до границы государства своей деятельности. От государственной границы до конечного пользователя звонок осуществляется иностранным оператором, оканчивающим звонок. Стоимость совместного предоставления международного звонка между государствами устанавливается в двустороннем порядке в форме договора между государственными телекоммуникационными компаниями или министерствами. В двусторонних договорах один телекоммуникационный оператор обязуется компенсировать другому оператору стоимость передачи звонка от государственной границы и окончания звонков, которые были им иницированы. Считается, что усилия, затраченные обоими операторами в этом случае, равны, поэтому компенсируется половина стоимости звонка<sup>7</sup>. На практике компенсация уплачивается только в том случае, если количество звонков из

<sup>3</sup> *Hudec R.* GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an “Aim and Effects” Test // *International Lawyer*. 1998. № 32. P.619.

<sup>4</sup> *Marsden P.* WTO Decides Its First Competition Case, with Disappointing Results // *Competition Law Insight*, 2004. P.3–9; *Singh S.* The Telmex Dispute at the WTO: Competition Makes a Backdoor Entry. CUTS Briefing Paper No. 1/2006. URL: <http://www.cuts-international.org/pdf/Telmex-1-2006.pdf> (дата обращения: 15.07.2014).

<sup>5</sup> Дело «*ТелМекс*». П. 7.10–7.12.

<sup>6</sup> *Ortiz Mena A., Rodríguez R.* Mexico’s international telecommunications Policy: Origins, the WTO dispute, and future challenges // *Telecommunications Policy*. 2005. № 29. P.440.

<sup>7</sup> Подробнее см., например: *Guermazi B.* Reforming international accounting rates: A developing country perspective / Ed. by D. Geradin, D. Luff. The WTO and global convergence in telecommunications and audio-visual services. Cambridge University Press, 2004. P.86–88.

одной страны в другую превышает трафик в противоположную сторону, то есть если оператор инициирует больше звонков, чем оканчивает (англ.: *traffic imbalance*).

Стоимость услуги, установленная подобным образом, редко отражает реальные затраты и обычно зависит от политических и экономических отношений между государствами. В условиях свободной международной торговли телекоммуникационными услугами и при наличии большого числа операторов, конкурирующих друг с другом в первую очередь с помощью цены, такая система не является оптимальной. МСЭ пытался и пытается реформировать систему расчётных ставок, чтобы привести её в соответствие с требованиями свободной торговли. Так, в середине 1990-х соответствующие рекомендации были изменены, и в Рекомендацию ITU-T D.140<sup>8</sup>, непосредственно относящуюся к делу «ТелМекс», был включён принцип цены, рассчитанной исходя из затрат, а также включены указания на то, какие элементы затрат и расходов могут быть приняты во внимание для этого<sup>9</sup>.

В годы, предшествовавшие спору по делу «ТелМекс», на участке международной связи Мексика — США прочно установился дисбаланс трафика, в результате которого Мексика оканчивала примерно втрое больше звонков, чем инициировала. Похожая ситуация наблюдалась в отношении исходящих звонков из США во многие развивающиеся страны<sup>10</sup>, а это фактически означало то, что телекоммуникационные операторы США субсидировали менее конкурентоспособных иностранных операторов. Учитывая экономическое значение телекоммуникационного рынка США в целом и долю трафика в Мексику в нём, который превышал трафик в Канаду, США попытались принять меры<sup>11</sup>. Так как сама система расчётных ставок МСЭ была невыгодна для США, как страны с превалирующим ис-

ходящим трафиком, США предприняли попытки подкорректировать систему. Кардинальная реформа в МСЭ оказалась невозможной, поскольку развивающиеся государства, которым система расчётных платежей была выгодна, были там в большинстве. Поэтому Федеральная комиссия по связи США (Federal Communications Commission) приняла односторонние меры, установив в отношении ряда стран контрольные отметки для определения максимальных размеров компенсационных платежей, которые операторам США разрешалось платить за окончание звонков, инициированных в США<sup>12</sup>. Однако это решение было недостаточно эффективным ввиду того, что благодаря либерализации рынка, усилению конкуренции и технологическому прогрессу цены на телекоммуникационные услуги американских операторов продолжали падать. Кроме того, односторонние меры США не могли решить глобальную проблему принципиальной несостыковки свободной торговли с системой нерыночного установления цены.

### 3. Содержание жалобы

В сложившейся ситуации требование о назначении третьей группы, поданное США в феврале 2002 года в соответствии со статьёй 6 Договора о правилах и процедуре разрешения споров, представлялось решением обеих проблем.

США утверждали, что Мексика не выполнила обязательства в соответствии с ГАТС по либерализации трансграничной торговли телекоммуникационными услугами, а именно услугами голосовой телефонии, услугами передачи данных с помощью коммутации каналов и услугами факсимиле<sup>13</sup>:

1) Мексика не выполнила свои обязательства в соответствии с разделом 2 Справочно-

<sup>8</sup> Charging and Accounting in International Telecommunications Services: Accounting Rate Principles for International Telephone Service, ITU-T Recommendation D-140 (07/98). URL: [http://www.itu.int/osg/spu/intset/itu-t/d140/d140\\_e\\_rev.html](http://www.itu.int/osg/spu/intset/itu-t/d140/d140_e_rev.html) (дата обращения: 15.07.2014).

<sup>9</sup> Подробнее о системе расчётных ставок см: Ó Siochru S. The ITU, the WTO and Accounting Rates: Limited Prospects for the South? // Javnost: The Public. 1997. Vol. 4 № 4. P.47–57; Cowhey P. Accounting rates, cross-border services and the next WTO round on basic telecommunications service / Ed. by D. Geradin, D. Luff. The WTO and global convergence in telecommunications and audio-visual services. Cambridge University Press, 2004. P.34–50.

<sup>10</sup> Это подтверждается рядом исследователей, например: Cowhey P. Op. cit. P.58, 61–67.

<sup>11</sup> Данные из исследований Ortiz Mena A., Rodríguez R. Op. cit. P.440–441; Rosenthal R. United States v. Mexico: The First Telecommunications Challenge Confronting the World Trade Organization // Common Conspectus. 2002. No. 10. P.315–316.

<sup>12</sup> Guerhazi B. Op. cit. P.93–95.

<sup>13</sup> Дело «ТелМекс». П.7.22–7.23.

го документа, так как она не гарантировала предоставление межсоединения доминирующим (традиционным) оператором «ТелМекс» для операторов США, осуществляющих трансграничные телекоммуникационные услуги на разумных условиях и по цене, рассчитанной исходя из затрат;

2) Мексика не приняла необходимые меры, чтобы не допустить антиконкурентного поведения доминирующего оператора «ТелМекс», чем нарушила свои обязательства по разделу I Справочного документа. Более того, мексиканское законодательство уполномочивало «ТелМекс» устанавливать ставки международного межсоединения от имени всех операторов, что фактически привело к созданию ценового картеля;

3) Мексика не гарантировала доступ к сетям общего пользования для операторов США на разумных и недискриминационных условиях (ст. 5 [a] и [b] Приложения по телекоммуникациям). Это послужило препятствием для предоставления операторами США, не имеющими сетевой инфраструктуры на территории Мексики, телекоммуникационных услуг и их простой международной перепродажи.

#### **4. Международно-правовое регулирование торговли телекоммуникационными услугами и обязательства Мексики**

Международная торговля любыми услугами в любом секторе, за исключением услуг, предоставляемых при осуществлении функций правительственной власти, подпадает под регулирование ГАТС (ст. I ГАТС). Общие обязательства ГАТС — режим наибольшего благоприятствования (ст. II ГАТС), прозрачность (ст. III ГАТС), принципы внутреннего регулирования (ст. VI ГАТС) и другие — применяются ко всей торговле услугами в одинаковом объёме. Специфические обязательства — доступ на рынок (ст. XVI ГАТС) и национальный режим (ст. XVII ГАТС) — применимы только к тем услугам, которые государство-участник указал в своём Перечне специфических обязательств в отношении указанных там же способов поставки (англ.: *modes of supply*) и только в указанном объёме.

Помимо этого, специально в отношении телекоммуникационных услуг было разрабо-

тано Приложение по телекоммуникациям, которое является неотъемлемой частью ГАТС (ст. XXIX ГАТС), но не служит либерализации торговли телекоммуникационными услугами в первую очередь. Будучи основным способом передачи данных, телекоммуникации являются важнейшим средством поставки финансовых услуг, различных видов экспертных (консультационных) и иных услуг, особенно при трансграничной поставке. Таким образом, Приложение призвано обеспечить свободную торговлю другими услугами, которые нуждаются в телекоммуникационных технологиях как средстве их поставки, и сродни общим обязательствам, применяется ко всем членам ГАТС без исключения, даже если государство-участник не взяло на себя специфических обязательств в секторе телекоммуникационных услуг. Основным обязательством Приложения является доступ к телекоммуникационным сетям и услугам общего пользования и их использование (ст. 5 Приложения). В соответствии с ним каждый участник ГАТС должен обеспечить доступ поставщика услуг любого другого участника к телекоммуникационным сетям и услугам общего пользования, а также к их использованию на основе разумных и недискриминационных требований и условий для поставки услуг, включённых в его Перечень. Для передачи данных в пределах территории участника ГАТС или через границу поставщика услуг любого другого участника должны иметь возможность, например, приобретать и подсоединять терминалы и другое оборудование, необходимое для поставки услуг, а также подключать частные линии связи к телекоммуникационным сетям или услугам общего пользования.

Справочный документ по основным принципам регулирования, применимый только к базовым телекоммуникационным услугам, является дополнительным обязательством (ст. XVIII ГАТС) и содержит широкие требования к внутреннему государственному регулированию телекоммуникационного сектора. Целью Справочного документа является создание дополнительных гарантий либерализации рынка телекоммуникационных услуг путём ослабления нетарифных (регулятивных) барьеров. Во многих государствах общественная полезность, стратегическая и экономическая важность телекоммуникационных

услуг сделали их частью коммунального сектора. В связи с этим телекоммуникационные операторы часто являются национальными монополистами, находятся в государственной собственности или под строгим государственным контролем либо имеют исключительные территориальные права на предоставление определённых видов услуг (как правило, базовых телекоммуникаций). Хотя подобные регулятивные меры ограничивают конкуренцию на рынке и затрудняют или делают невозможным доступ на рынок для свободной торговли услугами, они, как правило, преследуют важные политико-социальные цели, такие как универсальное обслуживание и социальное сплочение (англ.: *social cohesion*), и являются обоснованными и необходимыми. Справочный документ устанавливает принципы, направленные на недопущение злоупотреблений национальным регулированием и практиками в ущерб либерализации международной торговли.

Справочный документ содержит меры по защите конкуренции (англ.: *competitive safeguards*), направленные на контроль рыночной власти основных поставщиков, обычно являющихся традиционными операторами. Он также устанавливает требования для предоставления эффективного доступа к внутреннему рынку: гарантии межсоединения в отношении основного поставщика, прозрачность лицензионных процедур и требования к использованию ограниченных ресурсов (радиочастотный спектр, номерной ресурс и полосы отвода). Требования Справочного документа к администрированию универсального обслуживания призваны обеспечить такие условия, чтобы меры социальной политики не затрудняли доступ к рынку и национальный режим.

Общие и специфические обязательства ГАТС вместе с Приложением по телекоммуникациям, Справочным документом и Перечнями специфических обязательств государств-

участников можно назвать «соглашением по телекоммуникациям ВТО»<sup>14</sup>.

Мексика, будучи участником ВТО с 1995 года, подписала и ратифицировала ГАТС, а значит, приняла на себя общие обязательства ГАТС и обязательства по Приложению по телекоммуникациям. В соответствии с её Перечнем специфических обязательств<sup>15</sup> Мексика открыла доступ на рынок и предоставила национальный режим для торговли большинством телекоммуникационных услуг, которые были предметом переговоров Уругвайского раунда, и в отношении 3 из 4 возможных способов поставки, кроме способа 4 («присутствие физических лиц»). Обязательства по доступу к рынку отличаются в отношении услуг, предоставляемых при наличии сетевой инфраструктуры у оператора, и услуг, предоставляемых без инфраструктуры. Для первых трансграничная поставка возможна только при маршрутизации через сети компаний, получивших концессию мексиканского министерства по коммуникациям и транспорту, а поставка путём коммерческого присутствия разрешена при условии получения такой концессии, которая выдаётся только компаниям, созданным в соответствии с мексиканским правом. Услуги же, поставляемые без собственной инфраструктуры (например, по арендованным сетям), не подпадают под обязательство предоставления доступа к рынку<sup>16</sup>. Существуют и другие ограничения, касающиеся доступа на рынок для отдельных видов услуг, однако их подробное описание выходит за рамки данной статьи и не имеет ценности для анализа дела «ТелМекс». Важным в контексте дела «ТелМекс» является то, что Мексика включила Справочный документ в Перечень специфических обязательств. Дополнительные обязательства по Справочному документу Мексики полностью совпадают со Справочным документом ВТО, вкратце представленным выше<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Matsushita M., Schoenbaum T., Mavroidis P. The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy. Oxford University Press, 2006. P. 677–678.

<sup>15</sup> Mexico Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/56 of 15 April 1994, and Supplement 2, GATS/SC/56/Suppl.2 of 11 April 1997. Дело «ТелМекс». П. 7.91.

<sup>17</sup> Так как Справочный документ содержит дополнительные обязательства, его версия, согласованная на уровне ВТО, является примерной. Государства-участники, берущие на себя дополнительные обязательства, могут изменять или уточнять текст версии ВТО для своих нужд. Они также вправе принять только часть обязательств Справочного документа. Поэтому для анализа обязательств конкретного государства-участника решающей является версия Справочного документа, содержащаяся в его Перечне специфических обязательств.

## 5. Решение спора в соответствии с докладом третьей группы ВТО

Центральным вопросом анализа возможного нарушения был следующий: применяется ли Справочный документ к услугам голосовой телефонии, услугам передачи данных с помощью коммутации каналов и услугам факсимиле, являющимся предметом спора? Для ответа на этот вопрос в первую очередь необходимо было определить способ поставки услуг. США утверждали, что перечисленные услуги поставлялись американскими компаниями в Мексику путём трансграничной поставки по смыслу статьи I:2 (а) ГАТС. Мексика же считала, что указанные услуги поставлялись американскими компаниями лишь до государственной границы США – Мексика, где они подхватывались и доставлялись до конечного потребителя мексиканскими компаниями. Это означало, что происходил экспорт мексиканскими операторами услуг по завершению телекоммуникации. Данная деятельность не попадала бы в область действия ГАТС<sup>18</sup>, которое как правило, применяется только к импорту услуг. Дополнительные обязательства в отношении экспорта услуг возможны по статье XVIII ГАТС, однако Мексика, как и большинство участников Соглашения, их на себя не взяла<sup>19</sup>.

Третьей группой согласилась с точкой зрения США и постановила, что телефонный звонок, инициированный в США и оконченный в Мексике, является трансграничной услугой вне зависимости от того, владеет ли американская компания сетевой инфраструктурой в Мексике или вынуждена вступать с мексиканскими компаниями в договорённости, необходимые для транспортировки звонка от границы до конечного потребителя<sup>20</sup>. Для обоснования своего решения третья группа использовала аргументы конституци-

онализма, основанного на правах (англ.: *rights-based constitutionalism*)<sup>21</sup>. Она рассмотрела поставку услуг исключительно с точки зрения потребителя, для которого значение имеет услуга в том виде, в котором она предложена поставщиком, а не способ поставки услуги и конкретные меры, предпринятые для этого. Таким образом, в случае предложения о предоставлении международного телефонного разговора поставщик должен принять все возможные меры, в том числе купить часть услуги у другого оператора или нанять субподрядчика, чтобы иметь возможность полностью завершить услугу<sup>22</sup>.

В соответствии с Перечнем специфических обязательств Мексика третьей группой установила, что Мексика разрешила доступ на рынок для трансграничных услуг, предоставляемых американскими операторами, владеющими сетевой инфраструктурой, при условии маршрутизации трафика через сетевую инфраструктуру мексиканских операторов, имеющих концессию министерства коммуникаций и транспорта<sup>23</sup>. Требование маршрутизации трафика представляло собой ограничительное условие для доступа на мексиканский рынок по смыслу статьи XVI:2 (а), (b) и (с) ГАТС, так как оно позволяло осуществить только один способ трансграничной поставки – через мексиканские компании, имеющие собственную инфраструктуру и концессию. Поставка через сети, взятые в аренду или лизинг, либо иными способами была исключена, что привело к фактическому ограничению как числа американских поставщиков услуг, так и общего объёма поставляемых услуг<sup>24</sup>.

Установив, что Мексика приняла специфические обязательства для доступа на рынок (в том числе в виде ограничительных условий) в отношении услуг голосовой телефонии, услуг передачи данных с помощью

<sup>18</sup> Дело «ТелМекс». П. 7.41.

<sup>19</sup> См. также: Neven D., Mavroidis P. Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services (WT/DS204/R: DSR 2004:IV, 1537). A Comment on “El Mess in TELMEX” / Ed. by H. Horn, P. Mavroidis. The American Law Institute Reporters’ Studies on WTO Case Law. Legal and Economic Analysis. Cambridge University Press. 2007. P. 769–770.

<sup>20</sup> Дело «ТелМекс». П. 7.40.

<sup>21</sup> Конституционализм, основанный на правах, исходит из того, что основной целью установления и ограничения властных полномочий государства или иного образования является защита законодательно закреплённых индивидуальных прав, включая права человека и права меньшинств, но не ограничиваясь ими. Данная теория является одной из теорий конституционализации международного права. Подробнее в применении к ВТО см., например: Kill T. The Evidence for Constitutionalization of the WTO: Revisiting the TelMex Report // Minnesota Journal of International Law. 2011. № 20. P. 66–82, 94–98.

<sup>22</sup> Дело «ТелМекс». П. 7.42.

<sup>23</sup> Ibid. П. 7.79–7.84.

<sup>24</sup> Ibid. П. 7.85–7.86.

коммутации каналов и услуг факсимиле, третьей группа приступила к анализу того, в какой мере Мексика выполнила свои обязательства, следующие из её Справочного документа и уточняющие специфические обязательства<sup>25</sup>.

### 5.1. Нарушение обязательств по разделу 2 Справочного документа

#### а) Понятие межсоединения

Из раздела 2 Справочного документа «Межсоединение» следует, что «межсоединение» (англ.: *interconnection*) — это соединение с поставщиками, предоставляющими телекоммуникационные транспортные сети или услуги общего пользования, для того чтобы пользователи услуг одного поставщика могли коммуницировать с пользователями услуг другого поставщика, а также имели доступ к услугам, предоставляемым другим поставщиком.

Чтобы установить, применима ли эта норма к трансграничной поставке телекоммуникационных услуг, третьей группе потребовалось уточнить понятие межсоединения по смыслу Справочного документа. США утверждали, что межсоединение может быть как международным, так и внутренним и что между ними нет большой разницы. Таким образом, окончание звонков, инициированных в США, мексиканскими операторами является формой международного межсоединения. Мексика оспаривала такое толкование и настаивала, что межсоединение возможно только внутри страны<sup>26</sup>.

В толковании понятия «межсоединение» третьей группа руководствовалась (как и всегда в подобных случаях) принципами толкования международных договоров, содержащимися в статьях 31–32 Венской конвенции о праве международных договоров

1969 года<sup>27</sup>. При этом, следуя установленной практике<sup>28</sup>, третьей группа посчитала своей приоритетной задачей установить обычное значение понятия. Основываясь на словарном и контекстном значениях термина, третья группа решила, что ни термин «соединение» раздела 2.1, ни термин «межсоединение» раздела 2.2 Справочного документа не содержат указаний и различий в отношении местонахождения поставщиков, которые должны соединить свои сети<sup>29</sup>. Иные способы толкования не были использованы третьей группой в полной мере ввиду предпочтения строгого буквального толкования. Так, контекстуальный и телеологический анализ был проведён, чтобы подтвердить уже установленное обычное значение<sup>30</sup>.

Третья группа также обратилась к дополнительному средству толкования — Договорённости о расчётных ставках (*Understanding on accounting rates*), принятой Группой по базовым телекоммуникациям (*Group on Basic Telecommunications*) в 1997 году<sup>31</sup>. Данная Договорённость не является юридически обязательным документом, изменением или дополнением обязательств по ГАТС или же официальным толкованием<sup>32</sup>, однако как документ, относящийся к переговорам о базовых телекоммуникациях, может послужить ценным руководством по определению границ понятия «межсоединение». Договорённость документирует взаимопонимание государств — участников Группы по базовым телекоммуникациям: применение режима расчётных ставок не может привести к спору между государствами-участниками в рамках Договорённости о правилах и процедурах разрешения споров. Основываясь на этом и на иных подготовительных документах по базовым телекоммуникациям, Мексика утверждала, что термин «межсоединение» не может использоваться в международном

<sup>25</sup> Дело «ТелМекс». П. 7.94–7.95.

<sup>26</sup> Ibid. П. 7.96–7.99.

<sup>27</sup> Аутентичный текст данной конвенции на русском языке доступен на сайте ООН. URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/law\\_treaties.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml) (дата обращения: 15.07.2014).

<sup>28</sup> *Ehlermann C.-D.* Six Years on the Bench of the “World Trade Court”: Some Personal Experiences as Members of the Appellate Body of the World Trade Organization // *Journal of World Trade*. 2004. Vol. 36. No. 4. P.615–618.

<sup>29</sup> Дело «ТелМекс». П. 7.102–7.117.

<sup>30</sup> *Chung C.-M.* Interpreting “Interconnection”: Hermeneutics of the WTO Mexico-Telecommunications Case. *Jean Monnet Working Paper* 03/06. 2006. P.8–9.

<sup>31</sup> Report by the Group on Basic Telecommunications, S/GBT/4 of 15 February 1997. § 7. URL: [http://www.wto.org/english/news\\_e/pres97\\_e/finalreP.htm](http://www.wto.org/english/news_e/pres97_e/finalreP.htm) (дата обращения: 15.07.2014).

<sup>32</sup> Дело «ТелМекс». П. 7.126.

контексте, так как Справочный документ предназначен для применения к внутренним правилам и отношениям, в то время как режим расчётных ставок применим к международным. Таким образом, если межсоединение относится к международным отношениям, то условия его установления регулируются режимом расчётных ставок МСЭ и поэтому не подлежат регулированию обсуждаемыми нормами Справочного документа<sup>33</sup>.

Третьей группой не согласилась с доводами Мексики и посчитала, что Договорённость о расчётных ставках относится только к тем правилам международного межсоединения, которые нарушают режим наибольшего благоприятствования. По мнению третьей группы, Договорённость была достигнута в условиях, когда большое количество государств использовало дифференциальные тарифы, установленные на двустороннем уровне. Дифференциальные тарифы противоречили положениям ГАТС о режиме наибольшего благоприятствования, и поэтому государства — члены ВТО договорились временно не применять к этим тарифам процессуальные нормы о разрешении споров. Однако эта Договорённость не касалась материально-правовых обязательств по ГАТС (англ.: *substantive obligations*)<sup>34</sup>. Таким образом, Договорённость о расчётных ставках не является свидетельством того, что термин «межсоединение» не может применяться в международном контексте и не служит гарантом того, что отдельные формы трансграничного межсоединения не могут стать предметом спора по правилам ВТО.

#### б) «ТелМекс» как основной поставщик

В соответствии с разделом 2.2 Справочного документа в отношении основного поставщика мексиканское правительство должно гарантировать межсоединение в любых технически доступных местах сети; качество и условия подключения не должны носить менее благоприятный характер для конкурента по сравнению с основным поставщиком, аффилированными или неаффилированными компаниями. «Основной поставщик» определён в Справочном документе

как поставщик, который может существенно повлиять на условия участия в релевантном рынке, касающиеся цены и спроса в результате:

- контроля над важнейшими техническими устройствами сетевой инфраструктуры, которые нельзя в разумных пределах дублировать по техническим, экономическим и иным причинам, или

- использования своей позиции на рынке.

Релевантный рынок был определён третьей группой как рынок окончания телекоммуникационных услуг, являющихся предметом спора несмотря на то, что ранее третья группа определила «трансграничную поставку» как соответствующий способ поставки услуг, при котором более логичным был рынок двухточечной (англ.: *point-to-point*) телекоммуникации. Для обоснования этого решения третья группа привела аргументы с точки зрения потребителя, а именно использовала — без дополнительных объяснений — предложенный США тест замещения спроса (англ.: *demand substitution*)<sup>35</sup>. Тест замещения спроса был применён только к двухточечной коммуникации. На его основании третья группа установила, что внутренняя телекоммуникационная услуга не является заменителем международной телекоммуникационной услуги с точки зрения потребителя, даже при изменении цены. Отсюда был сделан вывод, что релевантным рынком является рынок окончания звонков в Мексике.

По смыслу Справочного документа, на указанном релевантном рынке «ТелМекс» являлся основным поставщиком. «ТелМекс» мог существенно влиять на условия участия в рынке, так как на основании мексиканского законодательства он был единственной компанией, которая вела переговоры с зарубежными поставщиками услуг об установлении расчётных ставок, которые являются не чем иным, как ценой за окончание звонков<sup>36</sup>. То есть возможность «ТелМекс» оказывать существенное влияние на рынок появилась в результате его особой позиции, закреплённой законодательно<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Дело «ТелМекс». П. 7.98—7.99, 7.123.

<sup>34</sup> Ibid. П. 7.127—7.138.

<sup>35</sup> Ibid. П. 7.152.

<sup>36</sup> Ibid. П. 7.154—7.155.

<sup>37</sup> Ibid. П. 7.158.



**в) Цена, рассчитанная исходя из затрат**

Третьей группой истолкована обычное понятие цены, рассчитанной исходя из затрат, как цену, которая приведена в определённое соответствие с известными затратами или с принципами их исчисления<sup>38</sup>. В силу того, что данное понятие может иметь специальное значение для сектора телекоммуникационных услуг, третья группа изучила значение «цены, рассчитанной исходя из затрат» в документах МСЭ. Принцип ориентации на затраты для установления цен и стандарты МСЭ требуют чёткого определения отдельных элементов затрат и модели затрат, которые относятся к поставке услуги и определяются с учётом наличия причинно-следственной связи между предоставленной услугой и ресурсами, использованными для поставки<sup>39</sup>. Так как обе стороны спора (как и другие участники ГАТС) являются членами МСЭ, специальное определение, данное в документах МСЭ, служит уточнением обычного значения «цены, рассчитанной исходя из затрат» по смыслу Справочного документа<sup>40</sup>.

Для установления того, рассчитана ли цена «ТелМекс» на окончание звонков исходя из затрат в соответствии с данным определением, третья группа использовала в качестве стандарта расчёта методологию, известную как долгосрочные средние дополнительные издержки (англ.: *long-run average incremental costs*, далее — LRAIC). В обоснование использования этой методологии третья группа указала, что мексиканское законодательство предусматривает такую возможность, в особенности для операторов со значительным влиянием на рынке. Кроме того, данная методология постепенно всё более широко используется участниками ВТО<sup>41</sup>. Дополнительно третья группа должна была учесть, что цена также должна быть «разумной с точки зрения экономической обоснованности». Это требование к цене означает, что она должна соответствовать обстоятельствам или намерениям, то есть от-

ражать общие цели поставки услуг, представляя собой затраты, понесённые при предоставлении услуги<sup>42</sup>.

Основываясь на различных видах доказательств, оценок и расчётов, предоставленных США<sup>43</sup> и сравнив цены «ТелМекс» с ценами на «сером рынке»<sup>44</sup> и на разных международных направлениях<sup>45</sup>, третья группа пришла к выводу, что расчётная ставка для межсоединения, установленная «ТелМекс» для американских поставщиков, выходит за рамки колебаний, допустимых для понятия «цена, рассчитанная исходя из затрат» в условиях гибкого регулирования<sup>46</sup>.

**5.2. Нарушение обязательств по разделу 1 Справочного документа**

В соответствии с разделом 1 Справочного документа Мексика должна сохранять в силе меры, необходимые для предупреждения антиконкурентных практик со стороны поставщиков, которые совместно или порознь являются основным поставщиком. Для установления сферы применения данной нормы третьей группе нужно было определить и проанализировать понятия «основной поставщик», «антиконкурентные практики» и «необходимые меры».

Третья группа решила, что основным поставщиком в контексте возможного нарушения раздела 1 Справочного документа являлся «ТелМекс» совместно с другими операторами межсетевых переходов (шлюзов), которые имели правительственную концессию и через сети которых проходила маршрутизация телекоммуникационных услуг для их окончания. Совместное занятие позиции основного поставщика обосновывалось тем, что в соответствии с мексиканским законодательством «ТелМекс» и операторы шлюзов применяли одну и ту же установленную цену, то есть были таким образом вовлечены в совместную практику, влиявшую на существенные условия участия в рынке<sup>47</sup>.

<sup>38</sup> Дело «ТелМекс». П. 7.168.

<sup>39</sup> Ibid. П. 7.170–7.174.

<sup>40</sup> Ibid. П. 7.174.

<sup>41</sup> Ibid. П. 7.176–7.177.

<sup>42</sup> Ibid. П. 7.178, 7.181–7.183.

<sup>43</sup> Ibid. П. 7.186–7.203, 7.211–221.

<sup>44</sup> Ibid. П. 7.204–7.207.

<sup>45</sup> Ibid. П. 7.208–7.210.

<sup>46</sup> Ibid. П. 7.203.

<sup>47</sup> Ibid. П. 7.227–7.228. См. также: Neven D., Mavroidis P. Op. cit. P.782–783.

Термину «антиконкурентная практика» не дано определение в Справочном документе, вместо этого в разделе 1.2 приводится примерный перечень таких практик. С помощью словарного и текстового толкования третейская группа установила, что обычное значение понятия «антиконкурентный» очень широко и предполагает действия, снижающие уровень соперничества на рынке. То же касается и понятия «практика», которое в его обычном употреблении означает действия в общем, в особенности обычные и привычные действия<sup>48</sup>. По смыслу примерного перечня раздела 1 Справочного документа антиконкурентными практиками признаются единоличные действия основного поставщика, в том числе действия, касающиеся цены. Однако, учитывая указание на то, что основных поставщиков может быть несколько, а также понятие «антиконкурентная практика» во внутреннем законодательстве государств-участников и принимая во внимание положения не вступившей в силу Гаванской хартии Международной Торговой Организации и других не имеющих юридической силы документов ООН и Организации по экономическому сотрудничеству и развитию (*далее* — ОЭСР), третейская группа пришла к выводу, что перечень раздела 1 Справочного документа может быть дополнен такими действиями, как горизонтальная фиксация цен и соглашения о разделе рынка<sup>49</sup>. Третейская группа также отметила, что данные действия являются антиконкурентными практиками и, как следствие, нарушениями по смыслу Справочного документа даже в том случае, если они разрешены или предписаны национальным законодательством государства-участника<sup>50</sup>. Таким образом, фактически была опровергнута доктрина государственной власти применительно к праву конкуренции, согласно которой к коммерческим практикам, предписанным государственным законом, не применяется закон о конкуренции, так как и тот, и другой являются нормами права одного и того же государства, которое вправе само

решить, как эти нормы должны соотноситься друг с другом<sup>51</sup>.

Проанализировав действия «ТелМекс» через призму предписаний Правил о международной дальней связи Мексики, третейская группа заключила, что эти действия представляют собой создание горизонтального ценового картеля<sup>52</sup>. Вышеуказанные Правила предписывают, чтобы операторы шлюзов применяли единую расчётную ставку для всего входящего и исходящего трафика, что приводит к фактическому устранению ценовой конкуренции на рынке. В то же время полномочиями для переговоров об установлении расчётной ставки для определённого государства наделяется один оператор, обладающий наибольшей долей рынка исходящих звонков в это государство. Наделение такими исключительными полномочиями ставит оператора в позицию монополиста в отношении конкретного телекоммуникационного направления и позволяет ему устанавливать соответствующую (монопольную) расчётную ставку<sup>53</sup>. Кроме того, практикуемая между телекоммуникационными операторами система пропорционального возврата действует как мера по разделу рынка. В соответствии с этой системой мексиканские операторы, оканчивающие телекоммуникационные услуги, были обязаны переадресовывать свой трафик другим операторам или же принимать трафик от других операторов в зависимости от соотношения их собственного исходящего трафика ко входящему. Вместо физической переадресации трафика операторы могли договориться о финансовой компенсации. Эти меры приводили к договорному распределению трафика, а значит, и разделу рынка и уменьшению конкуренции между операторами<sup>54</sup>.

Ввиду того, что вышеописанные практики основывались на мексиканском законодательстве, третейская группа сделала вывод, что Мексика пренебрегла своими обязанностями по разделу 1 Справочного документа и не приняла мер, необходимых для предупреждения антиконкурентных практик со

<sup>48</sup> Дело «ТелМекс». П. 7.230.

<sup>49</sup> Ibid. П. 7.231–7.238.

<sup>50</sup> Ibid. П. 7.239–7.245.

<sup>51</sup> Neven D., Mavroidis P. Op. cit. P.786–787.

<sup>52</sup> Дело «ТелМекс». П. 7.262.

<sup>53</sup> Ibid. П. 7.257–7.262.

<sup>54</sup> Ibid. П. 7.263–7.264.

стороны основного поставщика<sup>55</sup>. Необходимыми могли бы считаться те меры, которые как минимум предписывали бы в обязательном порядке определённое поведение, согласующееся с правилами конкуренции. Мексиканское же законодательство, напротив, предписывало антиконкурентные действия<sup>56</sup>.

### 3. Нарушение обязательств по разделу 5 Приложения по телекоммуникациям

Раздел 5 Приложения по телекоммуникациям предписывает, что каждое государство — участник ВТО должно гарантировать поставщикам любых услуг (в том числе и телекоммуникационных) от другого участника ВТО доступ к телекоммуникационным сетям и услугам общего пользования и их использование на разумных и недискриминационных условиях (раздел 5 [a]). Доступ на этих условиях должен быть гарантирован, в том числе, к выделенным арендуемым каналам (англ.: *private leased circuits*) (раздел 5 [b]), что по утверждению США, не было сделано «ТелМекс»<sup>57</sup>.

Третьей группой установлена, что сфера применения Приложения распространяется на обязательства Мексики в отношении базовых телекоммуникаций, поставляемых трансгранично в условиях владения сетевой инфраструктурой<sup>58</sup>, так как только в отношении них Мексика приняла специфические обязательства в своём Перечне. Целью Приложения является содействие поставке услуг, предусмотренных в Перечне, но ни в коем случае не создание новых обязательств<sup>59</sup>.

При определении, был ли доступ к телекоммуникационным сетям предоставлен на разумных и недискриминационных условиях, третьей группой снова посчитала необходимым изучить расчетную ставку, использу-

емую «ТелМекс», так как положения о цене являются одним из основных элементов условий доступа<sup>60</sup>. В то же время анализ всех условий доступа должен проходить с учётом положений раздела 5 (b)—(f) Приложения, как того требует раздел 5 (a) Приложения. В своём анализе расчётной ставки «ТелМекс» третья группа исходит из данных и выводов, полученных при исследовании нарушений норм Справочного документа, но уточняет их, так как Приложение относится ко всем поставщикам, а не только к основным и содержит важный дополнительный контекст<sup>61</sup>. Однако важнейший элемент этого контекста — раздел 5 (e) Приложения — не мог быть учтён при анализе цен, так как буквальное толкование положений Приложения установило, что цена является обязательством (англ.: *term*), а не условием (англ.: *condition*) доступа<sup>62</sup>.

По результатам исследования третьей группой пришёл к выводу, что единые цены, применяемые «ТелМекс», значительно превышают цены, рассчитанные исходя из затрат, а установление этих единых цен препятствует конкуренции<sup>63</sup>. Этот вывод остаётся неизменным, даже если допустить, что в данном случае применяется раздел 5 (e) Приложения. Раздел 5 (e) Приложения позволяет учитывать при установлении условий доступа и использования телекоммуникационных сетей и услуг общего пользования необходимость гарантировать выполнение обязательств по коммунальным услугам, возложенных на операторов сетей и услуг общего пользования. Для «ТелМекс» таким обязательством являлось предоставление универсальных услуг связи, включающее в себя определённые требования к качеству сети, подключений и услуг; требований по развитию сети; требование быть поставщиком базовых услуг по-

<sup>55</sup> Дело «ТелМекс». П. 7.269.

<sup>56</sup> Ibid. П. 7.265—7.267.

<sup>57</sup> В отношении значимости выделенных арендуемых каналов следует пояснить, что в 1990-х годах для поставки дальней телекоммуникационной связи «ТелМекс» установил партнёрские отношения с (относительно) небольшим оператором из США — «Спринт». AT&T и другим крупным компаниям из США пришлось довольствоваться сотрудничеством с мелкими мексиканскими операторами с существенно меньшими сетевыми инфраструктурами. Впоследствии под давлением мексиканского регулятора «ТелМекс» заключил соглашения об аренде каналов и с AT&T, но на менее выгодных условиях. Подробнее см.: Marsden P. Op. cit. P.3; Rosenthal R. Op. cit. P.326—328.

<sup>58</sup> Дело «ТелМекс». П. 7.288.

<sup>59</sup> Ibid. П. 7.293—7.294.

<sup>60</sup> Ibid. П. 7.326.

<sup>61</sup> Ibid. П. 7.331—7.332, 7.335.

<sup>62</sup> Ibid. П. 7.336.

<sup>63</sup> Ibid. П. 7.336.

следней инстанции и др. Однако третейская группа не посчитала, что установленная расчётная ставка была необходима для выполнения «ТелМекс» этого обязательства. Понятие «необходимый» по смыслу раздела 5 (е) Приложения означает «делающий вклад»<sup>64</sup>. В применении к доступу и использованию необходимых услуг также должны соответствовать критерию разумности<sup>65</sup>, который в случае расчётной ставки «ТелМекс» не был выполнен<sup>66</sup>.

Третейская группа также очень ограничительно истолковала оговорку для развивающихся стран, на которую ссылалась Мексика в обоснование своего законодательства (раздел 5 (g) Приложения). Данная оговорка позволяет развивающимся странам в соответствии с их уровнем развития устанавливать особые условия для доступа и использования их телекоммуникационных сетей и услуг общего пользования, которые необходимы для развития их внутренней телекоммуникационной инфраструктуры и для увеличения их участия в мировой торговле телекоммуникационными услугами. Третейская группа указала, что для применения этой оговорки Мексика должна была сослаться на неё напрямую в своём Перечне специфических обязательств и ввести конкретные ограничения на основании этой оговорки<sup>67</sup>.

## 6. Критическая оценка доклада третейской группы

Критики доклада третейской группы ВТО по делу «ТелМекс» единодушны в том, что третейская группа допустила ряд серьёзных ошибок в толковании и применении норм Справочного документа и Приложения. Альтернативный анализ дела «ТелМекс» специалистами по телекоммуникационному и торговому праву показывает, что жалоба США должна была бы быть отклонена полностью или, как минимум, признана частично необоснованной. Полный обзор критической на-

учной литературы выходит за рамки данной статьи, поэтому ниже будут представлены только основные упущения, допущенные третейской группой.

Несмотря на то, что в целом анализ поставки телекоммуникационных услуг с точки зрения потребителя является прогрессивным шагом для развития международного права и открывает новые возможности для защиты прав потребителя<sup>68</sup>, этот подход, а точнее его применение к делу «ТелМекс», значительно искажает понимание природы трансакций и приводит к нежелательным правовым последствиям. В системе способов поставки услуг (ст.1:2 ГАТС) трансграничная поставка относится к тем ситуациям, когда поставщик и потребитель услуги физически находятся в разных государствах и только услуга пересекает границу. Телекоммуникационные и почтовые услуги при этом могут являться средствами перемещения трансграничной услуги через границу<sup>69</sup>. При рассмотрении телекоммуникационных услуг, являющихся предметом спора в деле «ТелМекс», третейская группа использует предложение услуг, сделанное поставщиком потребителям как решающий критерий. Однако потребителями, получившими предложение об услугах, являются в данном случае американские потребители, а поставщиками — американские операторы, то есть те, и другие находятся на территории одного и того же государства, и никакой трансграничной поставки по смыслу ГАТС происходить не может<sup>70</sup>.

Если же говорить именно о трансграничной поставке телекоммуникационных услуг, то таким способом поставляются услуги по окончанию звонков: мексиканские операторы производят в Мексике данную услугу и продают её американским операторам, которые включают её в пакет услуг, необходимых для осуществления международного звонка, и продают её конечному потребителю в США. Продажа услуги по окончанию звонка является экспортной сделкой, а в отношении

<sup>64</sup> Дело «ТелМекс». П. 7.337–7.342.

<sup>65</sup> Ibid. П. 7.342.

<sup>66</sup> Ibid. П. 7.328–7.330, 7.342–7.343.

<sup>67</sup> Ibid. П. 7.386–7.388.

<sup>68</sup> Kill T. Op. cit. P.95–98.

<sup>69</sup> См. разъяснения в Руководящих указаниях по составлению Перечней специфических обязательств (Scheduling Guidelines), MTN. GNS/W/164 of 3 September 1993. URL: [http://www.wto.org/gatt\\_docs/English/SULPDF/92140039.pdf](http://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/92140039.pdf) (дата обращения: 15.07.2014).

<sup>70</sup> Neven D., Mavroidis P. Op. cit. P.768–769.

экспорта услуг Мексика, как и большинство других участников ГАТС, не взяла на себя никаких обязательств. Поэтому третейская группа должна была бы отказать США в иске<sup>71</sup>.

Спорным является и вывод третейской группы о значении термина «межсоединение» и применении Справочного документа к международному межсоединению. История переговоров о базовых телекоммуникациях и проекты Справочного документа<sup>72</sup> свидетельствуют о том, что этот документ задумывался и обсуждался для регулирования обстоятельств поставки услуг одним способом — коммерческого присутствия<sup>73</sup>. Принципы Справочного документа призваны создать правовую определённость для телекоммуникационных компаний в условиях разнообразия правовых систем и начинавшегося в то время дерегулирования торговли услугами, когда не во всех государствах были приняты законы о конкуренции и частные компании брали на себя выполнение некоторых государственных функций. Даже при буквальном толковании третейская группа должна была бы более внимательно исследовать использование терминов «межсоединение» и «расчётные ставки» на различных международных форумах, а не полагаться на их словарное значение. Учитывая, что переговоры по данным вопросам на разных международных форумах велись в большинстве своём одними и теми же людьми, третейская группа могла бы сделать вывод о том, что явное исключение расчётных ставок из возможных предметов споров в ВТО и отсутствие упоминания о них в документах ВТО, указывают на значение межсоединения в Справочном документе как внутреннего межсоединения, несмотря на их чрезвычайную распространённость при международной поставке телекоммуникационных услуг<sup>74</sup>.

Это подтверждается и анализом термина «межсоединение» в контексте всего Спра-

вочного документа, определённые положения которого (например, раздел 3 об универсальном обслуживании) имеют смысл только в том случае, если их понимать исключительно как обязательства для поведения на внутреннем рынке<sup>75</sup>. Об этом же свидетельствует и практика почти всех государств, включая США, принявших дополнительные обязательства по Справочному документу, но продолжающих использовать режим расчётных ставок для международных телекоммуникационных соединений<sup>76</sup>.

Недостаточность аргументации и неудовлетворительный анализ, с точки зрения норм конкуренции, также являются слабыми местами доклада третейской группы. Как и в случае с другими понятиями, критикуется использование третейской группой словарей для установления обычного значения терминов конкурентных норм вместо исторического и контекстного толкования<sup>77</sup>. Нарушением статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года является использование для толкования Гаванской хартии и документов ОЭСР и ООН, так как эти документы не использовались в связи с составлением Справочного документа и ГАТС<sup>78</sup>. В результате использования неверных методов и средств толкования третейская группа пришла к выводу о том, что Справочный документ запрещает ценовые картели, хотя с большой долей вероятности этот вывод не соответствует намерениям государств, принявших дополнительные обязательства<sup>79</sup>. Несмотря на то, что государства — участники ГАТС осознают опасность ограничительных деловых практик для конкуренции, как свидетельствует статья IX ГАТС, они сознательно решили не включать определённые виды таких практик в Справочный документ<sup>80</sup>. Примерный перечень антиконкурентных практик раздела I Справочного документа, скорее, указывает на запрет различных практик

<sup>71</sup> Neven D., Mavroidis P. Op. cit. P.770, 772–773; Wellenius B., Galarza J., Guermazi B. Telecommunications and the WTO: The Case of Mexico. World Bank Policy Research Working Paper 3759. November 2005. P.7.

<sup>72</sup> Дело «ТелМекс». П. 7.99.

<sup>73</sup> Neven D., Mavroidis P. Op. cit. P.775–776.

<sup>74</sup> Chung C.-M. Op. cit. P.11–12.

<sup>75</sup> Neven D., Mavroidis P. Op. cit. P.777–778.

<sup>76</sup> Дело «ТелМекс». П. 7.120; Chung C.-M. Op. cit. P.12.

<sup>77</sup> Marsden P. Op. cit. P.8.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Neven D., Mavroidis P. Op. cit. P.783–784.

доминирующего (традиционного) оператора, препятствующих доступу конкурентов на рынок<sup>81</sup>, в том числе и практик, связанных с ценовой политикой такого оператора. В контексте вышесказанного непонятно решение третейской группы считать действия «ТелМекс» и других мексиканских операторов шлюзов ценовым картелем ввиду того, что в соответствии с разделом I Справочного документа возможно установление наличия коллективного доминирования на рынке и, следовательно, наступление ответственности за злоупотребления таким доминированием<sup>82</sup>.

Доклад третейской группы также не выдерживает критики с точки зрения применения экономического анализа<sup>83</sup>. Весьма спорным в этом контексте является часть доклада, посвящённая определению того, являются ли цены «ТелМекс» рассчитанными исходя из затрат. С одной стороны, под вопросом находится необходимость детального исследования того, отражает ли цена, установленная «ТелМекс», затраты на услуги. Так как «ТелМекс» признан основным поставщиком (то есть доминирующим или монопольным оператором), то согласно экономической теории, установленные им цены в наименьшей степени основаны на затратах, что делает последующий подробный анализ избыточным<sup>84</sup>. С другой стороны, не выдерживает критики методика, использованная третейской группой для исследования ценообразования «ТелМекс»<sup>85</sup>. Во-первых, цены «ТелМекс» регулируются мексиканским законодательством, то есть основываются не только на экономических соображениях. Во-вторых, цена, определённая с помощью метода LRAIC, не подходит для «ТелМекс» в качестве критерия цены, рассчитанной исходя из затрат<sup>86</sup>. Метод LRAIC может использоваться для определения контрольного зна-

чения только в тех случаях, когда нет нужды учитывать некупаемые затраты, например, в виде издержек на финансирование существующей инфраструктуры. LRAIC также не рекомендован для расчёта цен, когда оператор несёт обязательства по оказанию публичных услуг<sup>87</sup>. В соответствии с социальной политикой мексиканского правительства на «ТелМекс» был возложен ряд обязательств по универсальному обслуживанию, географически усреднённых цен и обеспечения минимального качества услуг, в результате которых структура затрат «ТелМекс» существенно отличалась от его конкурентов, не имеющих таких обязательств<sup>88</sup>.

## 7. Вместо заключения: последствия решения третейской группы

Несмотря на ряд недостатков доклада, основные из которых были указаны выше, Мексика не воспользовалась своим правом по статье 17 Договора о правилах и процедурах разрешения споров и не подала апелляционную жалобу в отношении вопросов права и толкования, данного в докладе третейской группы. Весьма вероятно, что одной из решающих причин такого решения Мексики послужило желание мексиканского правительства сильнее ограничить рыночную мощь монополиста «ТелМекс» и улучшить условия для развития эффективной конкуренции на рынке телекоммуникационных услуг. Хотя в середине 1990-х годов, в том числе в связи с подписанием соглашений ВТО, мексиканское правительство приватизировало «ТелМекс» и открыло все сегменты рынка телекоммуникаций для свободной конкуренции, яростное сопротивление «ТелМекс» проводимым реформам привело к тому, что «ТелМекс» сумел удержать доминирующее положение на рынке<sup>89</sup>. Это позволило «Тел-

<sup>81</sup> *Neven D., Mavroidis P.* Op. cit. P.784–785; *Marsden P.* Op. cit. P.8.

<sup>82</sup> *Neven D., Mavroidis P.* Op. cit. P.786.

<sup>83</sup> Полный экономический анализ доклада был сделан *Sidak G., Singer H.* Überregulation without Economics: The World Trade Organization's Decision in the U.S.-Mexico Arbitration on Telecommunications Services // *Federal Communications Law Journal*. 2004. Vol. 57. No. 1. P.1–48.

<sup>84</sup> *Neven D., Mavroidis P.* Op. cit. P.780–781.

<sup>85</sup> Краткий обзор возможных методов расчёта цены представлен у *Bronckers M., Larouche P.* A Review of the WTO Regime for Telecommunications Services / Ed. by K.Alexander, M.Abdenas. The World Trade Organization and Trade in Services. Nijhoff, 2008. P.339.

<sup>86</sup> *Sidak G., Singer H.* Op. cit. P.17–19.

<sup>87</sup> *Neven D., Mavroidis P.* Op. cit. P.781.

<sup>88</sup> *Sidak G., Singer H.* Op. cit. P.15–17.

<sup>89</sup> Подробнее о стадиях реформирования рынка см.: *Palacios Prieto J.* Telecommunications industry in Mexico: Performance and market structure analysis, and conflicts of interest prevailing between operators and authorities. Working Paper of Mexican Institute for Competi-

Мекс» устанавливать завышенные цены на услуги низкого качества и уменьшало доступность телекоммуникаций для пользователей<sup>90</sup>. Для мексиканского правительства доклад третьей группы ВТО (признавший Мексику нарушившей её обязательства по ГАТС) дал дополнительные аргументы в борьбе против «ТелМекс» и стал рычагом для проведения дальнейших реформ, способствующих конкуренции.

В июне 2004 года Мексика и США договорились, что Мексика приведёт своё внутреннее законодательство в соответствие со своими обязательствами по ГАТС, как это было рекомендовано третьей группой. Уже в августе 2004 года мексиканский регулирующий орган — Федеральная Комиссия по телекоммуникациям COFETEL — одобрил новые правила, которые отменили единую расчётную ставку и систему пропорционального возврата. Мексиканские поставщики услуг дальней телекоммуникационной связи теперь ведут переговоры об условиях межсоединения в индивидуальном порядке, что позволяет им напрямую конкурировать друг с другом. С 2005 года в Мексике была разрешена перепродажа услуг дальней связи<sup>91</sup>.

Помимо этого, доклад третьей группы имеет далеко идущие последствия для международного регулирования международных телекоммуникаций в целом. В этом отношении необходимо отметить смещение центра регулирования от МСЭ к ВТО, так как из доклада третьей группы следует, что рекомендации (стандарты) МСЭ должны применяться в соответствии с требованиями ГАТС, а коллизия регулирования между ГАТС и МСЭ решена в пользу первого<sup>92</sup>. Более того, специальные секторальные правила МСЭ — принцип цены, рассчитанной исходя из затрат; определение элементов затрат, которые

должны быть учтены; а также методологические рекомендации и стандарты — в толковании третьей группы уступают требованиям ГАТС, которые фактически являются более общими нормами по отношению к секторальным правилам и по этой причине, казалось бы, не должны были бы иметь приоритет в случае коллизии. Таким образом, развитие в практике применения и толкования ГАТС оказывает прямое давление на режим регулирования МСЭ: система расчётных ставок должна быть реформирована в соответствии с требованиями ГАТС, если МСЭ хочет и дальше оставаться значимой регулирующей международной организацией<sup>93</sup>.

Хотя необходимость реформы системы расчётных ставок абсолютно очевидна<sup>94</sup>, её проведение в соответствии с требованиями ГАТС является спорным. Главная проблема состоит в том, что механизмы ГАТС по учёту интересов неэкономического характера недостаточно развиты либо же отсутствуют. Дело «ТелМекс» является тому свидетельством: в то время как рекомендации МСЭ по ценообразованию дают возможность принять во внимание государственную политику перераспределения доходов в интересах общества, выраженную, например, в обязательствах универсального обслуживания, ГАТС не позволяет включать в расчёт цены такие затраты<sup>95</sup>.

Похожий эффект доклад третьей группы оказывает и на внутреннее регулирование. Толкование, данное третьей группой отдельным положениям Справочного документа и Приложения, фактически приводит к ограничению суверенитета участников ГАТС в определении их собственных социальных систем и к иерархии ценностей, где экономические ценности свободного рынка стоят над социальными интересами<sup>96</sup>.

tiveness (IMCO). 16 May 2011. URL: [http://www.imco.org.mx/wp-content/uploads/2011/6/telecomm\\_mexico\\_may\\_2011\\_final\\_version1.pdf](http://www.imco.org.mx/wp-content/uploads/2011/6/telecomm_mexico_may_2011_final_version1.pdf) (дата обращения: 15.07.2014).

<sup>90</sup> Kill T. Op. cit. P. 89.

<sup>91</sup> Подробнее см.: Wellenius B., Galarza J., Guermazi B. Op. cit. P. 10–11; Mexico Trade Policy Review — Report by the Secretariat, WT/TRP/S/195 of 7 January 2008. P. 118–121.

<sup>92</sup> Batura O. Embedded Transnational Markets for Telecommunications Services / Ed. by C. Joerges, J. Falke. Karl Polanyi: Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets. Hart Publishing, 2011. P. 271.

<sup>93</sup> Wellenius B., Galarza J., Guermazi B. Op. cit. P. 12.

<sup>94</sup> Guermazi B. Op. cit. P. 83–129.

<sup>95</sup> Howse R. “Importing” regulatory standards and principles into WTO dispute settlement: The challenge of interpreting the GATS arrangements on telecommunications / Ed. by I. Lianos, O. Odudu. Regulating Trade in Services in the EU and the WTO: Trust, Distrust and Economic Integration. Cambridge University Press, 2012. P. 459–467.

<sup>96</sup> Batura O. Op. cit. P. 271.